

BREVES APUNTAMIENTOS POR

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS DEL SEñOR S. Augustin Calçados de la Ciudad de Cadiz, por cabeça de Fr. Lorenço de Prado y Sangronis, y Consortes, hijos, y herederos de Doña Maria Bernarda Sangronis, muger que fue de D. Manuel Bernardo de Prado, vezinos de dicha Ciudad.

EN EL PLEYTO

CON DON JOSEPH DOMINGO COLARTE, Cavallero del Orden de Calatrava, vezino de dicha Ciudad de Cadiz.

SOBRE

QUE SE CONFIRME LA SENTENCIA EN DICHO pleyto pronunciada por la Justicia de dicha Ciudad de Cadiz, y su Acompañado.

N. 1. ARA MAS BIEN MANIFESTAR la justicia de estas Partes, y expressar los fundamentos de Derecho, en que afiançan su pretension, se referirà la parte del hecho, que fuere precissa, cumpliendo con el consejo de Casiodoro *in lib. Rethor.* verb. *Denarrat.* ibi: *Facti narratio, aut tota pro nobis, aut tota pro adversarijs, aut mixta ex vtrisque: contentissimus his tribus partibus, vt Iudex intelligat, præcipiat, & credat, nec quid quam reprehensione dignum ducat.* Aunque procediendo en ello con la possible brevedad; segun lo dispuesto *per leg. vltim. §. 1. C. de appellat.* Suponiendo lo primero, que al tiempo, que Doña Maria de Sangronis y Montes contraxo matrimonio con Don Manuel Bernardo de Prado, que fue por el año passado de 690. llevò por su dote 28ꝟ032. pesos, y medio escudos de à 10. reales de plata cada vno, los 25ꝟ. en especie de dinero, y los 3ꝟ32. y medio restantes en el valor de diferentes alhajas, de que otorgò escriptura de recibo dicho Don Manuel Bernardo, su fecha en Sevilla à 12. de Julio de 690. y de la entrega dà fee el Escrivano.

2. Suponese lo segundo, que del matrimonio entre los dichos Don Manuel Bernardo, y Doña Maria Sangronis y Montes, huvieron por sus hijos à dicho Fray Lorenço de Prado, à Doña Maria Josepha Bernardo, que casò con dicho Don Francisco Luis Bouchier, y à Doña Juana Josepha; los quales quedaron menores quando muriò la Doña Maria de Sangronis su madre, y aun oy lo son.

3. Tambien se supone, que aviendo estado poco tiempo casada la dicha Doña Maria Josepha con el dicho Don Don Luis Bouchier, muriò dexando por su hija vnica à Doña Maria Clara Bouchier; y que el Don Francisco como padre, y legitimo Administrador de dicha su hija, y como Curador de la dicha Doña Juana Josepha su cuñada, y el Convento de S. Agustin de dicha Ciudad de Cadiz por cabeza de dicho Fray Lorenço; y todos como hijos, nieta, y herederos de la dicha Doña Maria de Sangronis y Montes, son los que siguen este pleyto contra bienes del Don Manuel Bernardo, para el pago de dicha dote.

4. Esto supuesto, para mayor claridad irà dividido este Papel en tres partes. En la primera se procurarà, arreglandose à lo que consta de los autos, manifestar, que al tiempo que de bienes del Don Manuel Bernardo se hizo pago al Don Joseph Domingo Colarte de los 3ꝟ60. pesos, cuya revocacion pretenden oy el Convento, y Consortes, no tenia el Don Manuel Bernardo caudal suficiente para hazer pago à todos sus Acreedores.

En la ſegunda, que aun quando ſin perjuizio de la verdad, huviera tenido el dicho Don Manuel al tiempo de dicho pago caudal baſtante para ſatisfacer à todos ſus Acreedores, todavia tuviera lugar la pretenſion de eſtas Partes: lo que ſe probarà por diferentes medios juridicos. Y en la tercera parte ſe reſponderà à las excepciones opueſtas por el Don Joſeph Domingo Colarte.

PARTE I.

5. ESta parte es mero hecho; y para demoſtracion de lo que ſe ofreciò en ella, nos hemos de valer de la miſma liquidacion, que eſtà en los autos, del caudal del Don Manuel Bernardo, preſentada por el Don Joſeph Domingo Colarte, que empieza en el fol. 209. y acaba en el 282. de la pieza 1.

6. Segun dicha liquidacion, todo el caudal, bienes, y efectos del Don Manuel Bernardo, ſe dixo importar 158ⵡ32. peſos eſcudos, y 2. reales y medio de plata, y las baxas, que de èl ſe hizieron, ſe dixo importar 110ⵡ050. peſos, 4. reales de plata, y 16. maravedis, ſegun la quenta formada fol. 267. y deſpues ſe le haze cargo al Don Manuel, y ſe le baxan de dicho importe otros 9ⵡ453. peſos eſcudos, dos reales, y 4. maravedis, por deuda à favor del Mayorazgo, que mandò fundar Don David Bernardo ſu padre; y ſe dize aver quedado reducido el caudal del dicho Don Manuel à 38ⵡ523. peſos eſcudos, 3. reales, y 31. marevedis de plata, como ſe expreſſa en el fol. 280.

7. Segun eſto parecia, que no ſolo tenia al tiempo que ſe le hizo el pago al Don Joſeph Domingo Colarte, que fue el dia 2. de Enero del año paſſado de 705. como conſta del recibo dado por el ſuſodicho al fol. 303. de dicha pieza 1. caudal baſtante para pagar el Don Manuel Bernardo, ſi no es que deſpues de pagados los Acreedores que ſalieron, le ſobraban los dichos 38ⵡ523. peſos; pues aviendoſe hecho la liquidacion por Junio de dicho año de 705. como conſta de la fecha de ella fol. 282. ſiendo poſterior al pago, ſe dixo ſobrar dicho caudal.

8. Y aun fuera cierto, ſi los bienes, ropas, y demàs, que ſe tuvo por caudal del Don Manuel Bernardo fueran efectivos, ciertos, y exiſtentes al tiempo de dicho pago, y liquidacion; pero, como no ſolo no tenian eſtas qualidades los que para la liquidacion ſe tuvieron por bienes del Don Manuel, ſino es que tampoco ſe puſieron integramente por deudas contra el caudal todas las que entonces avia, ni aun ſiquiera las de que ſe tenia noticia; proviene de vno, y otro, no ſolo el no ſobrar caudal alguno al Don Manuel Bernardo, ſino es faltar mucho para cumplir el pago de los Acreedores.

Y

9. Y para que eſto mas bien ſe reconozca, irèmos por partes. Puſieronſe por caudal de dicho Don Manuel los 33 ʒ 620. peſos 6. reales y medio de plata del valor, que ſe dixo tener los generos, y ropas embarcadas para Indias en los tres Navios nombrados N.Señora de las Mercedes, N. Señora de la Concepcion, y Señor San Joſeph, que conſtan de la factura, que està deſde el fol. 8. B. haſta el fol. 13. de la pieza 3. pues por las fechas de los recibos abordò en dichos navios, conſta aver ſido el embarco de los referidos generos en los dias 18. de Octubre, y 4. de Noviembre del año paſſado de 704. y por conſiguiente antes de hazer el pago al Don Joſeph Domingo, ni formar la liquidacion.

10. Eſta partida no ſe pudo, ni debiò tener por caudal efectivo del Don Manuel Bernardo para formar la dicha quenta, y liquidacion, que de ſu caudal ſe hizo, aſsi por los rieſgos de la navegacion, como por las demàs contingencias, que la hazen dudoſa, è incierta, como la llama el Texto *in leg. 6. C. de officio Rect. Provinciæ*, ibi: *Quoniam tempore hyemis navigatio ſæpè periculoſa eſt, & ſemper incerta.* Por cuya razon, y por las demàs, que juntò Eſtracha *in tract. de navigat. à num. 2. ex ſententia Biæ Philoſophi, navigantes, nec inter vivos, nec inter vita functos numerari poſſunt*; y por las miſmas razones ſe debe hazer el miſmo juizio de las mercaderias.

11. Puſoſe en dicha liquidacion al num. 32. de la data por caudal del Don Manuel, vna partida de cinco mil quatrocientos y quarenta y quatro peſos, del credito de las alcavalas, y por conſiguiente ſe aumentò el caudal del ſuſodicho en vn mil quatrocientos y quarenta y quatro peſos; pues eſte credito no era, ni ſe ha tenido por mas, que de quatro mil peſos, que ſon los que eſtas partes han cobrado.

12. Tambien ſe puſieron por caudal de dicho D. Manuel deſde el num. 34. haſta el 43. ſeſenta y ſeis mil ſeiſcientos y quarenta y ſeis peſos, ſiendo las partidas, de que ſe componen, vnas de creditos incobrables en Ambſterdàn, Amberes, y en los Reynos de Indias, como de la miſma liquidacion ſe reconece, y otras de inciertos, y ſupueſtos, y ſin mas juſtificacion, que averlos declarado aſsi Don Manuel Bernardo, para que ſubieſſe el caudal.

13. Y aunque de eſta cantidad ſe aplicaron para hazer pago al Vinculo, que mandò fundar Don David Bernardo, los quarenta y nueve mil y treinta y quatro peſos, los diez y ſiete mil ſeiſcientos y doze peſos reſtantes, ſe puſieron abſolutamente por caudal del Don Manuel; y demàs de ſer notorio ſer falidos, y inciertos dichos creditos, ſe convence el ſerlo, de que

quando se embargaron los bienes de Don Manuel Bernardo, y se formò concurso de Acreedores à ellos, aunque se embargaron todos los que se conocieron ser de dicho Don Manuel, no se embargò ninguno de estos creditos, ni instrumentos algunos, por donde constasse su certeza, causa porque quando se mandaron alçar los embargos, y entregar los bienes al Don Manuel, no se le hizo entrego de instrumentos, ni recados algunos por donde constasse, siquiera la certeza de dichos supuestos creditos.

14. Demàs de lo referido, contiene dicha liquidacion el defecto de no averse baxado del caudal del Don Manuel diferentes creditos, que demàs de los que se baxaron, contra èl avia; sin que para dexar de hazerlo huviesse mas motivo, que dezirse aver declarado Don Manuel estar pagados, que dichos creditos son setecientos y cinquenta pesos, que se debian à Doña Maria Josepha de Ocampo, trecientos pesos à Don Pedro Fernandez Briñales, y docientos ducados de vellon, que hazen ciento y quarenta y seis pesos y medio escudos de plata, à Blàs de Peña, y esto aun sin embargo de expressarse en la misma liquidacion aver presentado sus creditos, y mostradose partes en el pleyto, en que no constaba de su paga.

15. Tampoco se pusieron por credito contra el caudal del dicho Don Manuel dos mil setecientos y noventa y tres pesos, que se le estaban debiendo à Don Diego Annon; pues aunque en los autos del concurso dixo no tenia que pedir, fue à instancias del Don Manuel, y porque lograra el desembargo, y por ser assi, despues puso pleyto para su cobrança, en el qual declarò dicho Don Manuel ser cierto lo referido, y deberle dicha cantidad à el Don Diego Annon.

16. Vltimamente al num. 2. del cargo de dicha liquidacion, se dexaron de baxar del caudal tres mil y treinta y dos pesos, parte de la dote de dicha Doña Maria Sangronis, pues aviendo sido esta, como no se duda, de veinte y ocho mil y treinta y dos pesos, solo se dize ser de veinte y cinco mil; y como ya se avian pagado los cinco mil à Doña Juana de Montes, pusieron por razon de este credito dotal veinte mil pesos, debiendo averse puesto veinte y tres mil y treinta y dos pesos, que era lo que realmente se debia sin las arras, procediendo en todo maliciosamente, à fin de que sonasse tenia mucho caudal el Don Manuel Bernardo.

17. Y demàs, que la liquidacion no fue aprobada por estas partes, ni aun se les diò traslado, para que no opusiessen lo referido, se evidencia ser fantastico el caudal, que se supuso tener el Don Manuel, assi de que al mismo tiempo, que se suponia sobrarle, despues de hazer pago à sus Acreedores, treinta

y

y ocho mil, y mas pesos, andaba, como consta de las probanças hechas por estas partes, viviendo de limosna, y que fue tanta su pobreza, que vino à morir en vn Hospital; como de que los bienes, que se le entregaron, quando se removiò el deposito, solo fueron algunos sombreros apolillados, y algunas piezas de cortes de puntas, y los recibos de los generos embarcados, que era lo que solo paraba en poder de D. Joseph de Mirabel, depositario.

18. Y sumadas assi las partidas, que se pusieron por caudal del Don Manuel, sin mas motivo, que querer aumentarlo, y las que se dexaron de poner por creditos contra dicho caudal, q̃ vàn referidas, importá cinquenta y nueve mil seiscientos y noventa y siete pesos, de que baxados los treinta y ocho mil quinientos y veinte y tres pesos, que se supuso sobrarle al D. Manuel, es notorio, no solo no quedarle caudal alguno, sino es faltarle para hazer pago à sus Acreedores veinte y vn mil ciento y setenta y quatro peses; y esto aun sin hazer computo de otros muchos creditos, que ò no salieron al concurso, por ser personales, y conocer no avia, ni aun para pagar à los Acreedores de mejor derecho; ni de otro credito de casi cinco mil pesos, à favor de Don Juan Nieto de Pedrosa, que saliò despues.

PARTE II.

19. DExamos demostrado en la primera Parte, que Don Manuel Bernardo, deudor comun, al tiempo que se hizo el pago de los 3ɋ60. pesos à Don Joseph Domingo Colarte, no tenia caudal efectivo suficiente para pagar à sus Acreedores: en esta prometimos fundar, que aun quando tuviera bienes bastes, tiene lugar la revocatoria por estas partes intentada.

20. Y para ello suponemos, que el credito de estas Partes se contraxo en el año passado de 690. y que el del Don Joseph Domingo es del año de 703. lo qual supuesto, y que los Acreedores para la cobrança de sus creditos, estàn obligados à observar el orden, y grado, que segun su antelacion, ò privilegio, compete en los bienes del deudor comun, quando concurren à se les pague, vt ait Dom. Salg. *in Labyr. 3. part. cap. 14. à num. 1.* Suponemos tambien, que, ò quando el Juez, inordinadamente mandò pagar, ò quando el Administrador de los bienes lo hizo, tiene facultad el Acreedor anterior para obligar al Acreedor posterior, que antes que èl fue pagado, à que le restituya el dinero, que inordinadamente avia recebido para en pago de su credito. Dom. Salg. *dict. cap. 14. num. 4.* Idem Salg. *part. 1. cap. 10. præcipuè à num. 66.* y esto, ora el dinero estè consumido, ora existente.

21. Y aunque esto de que tenga lugar la revocatoria, aunque el dinero estè consumido, parezca tener alguna duda por la opinion de los Doctores, que dize; que quando se le pagò primero al Acreedor posterior, no puede el anterior revocar el pago, si està consumido el dinero, à lo menos de equidad; pues de practicar lo contrario, fuera dàr motivo à muchos pleytos en perjuizio del bien publico, sin embargo en nuestro caso no puede aver duda alguna; pues para fundar la intencion de estas Partes, respecto de que à Don Joseph Domingo se le hizo el pago, baxo de fiança depositaria, y de Acreedor de mejor derecho, no hemos menester gastar el tiempo en indagar, qual sea mas verdadera opinion de las dos referidas, haziendo lo mismo que Noguerol, *alleg.* 7. *num.* 4. ibi: *In hoc casu certiorem opinionem indagare non est necessum: quia D. Mariana recepit pecuniam sub fideiussoribus; quod operatur vt videatur extare pecunia, & non esse consumpta, in beneficium anterioris creditoris.*

22. Porque, como sea cierto entre los Autores de vna, y otra opinion, que quando el dinero existe, ò se reputa por existente, puede el Acreedor anterior revocar el pago hecho al posterior contra el orden, que se debiò guardar; Dom. Salg. *in Labyr.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 74. fundando, que los 3U60. pesos pagados à Don Joseph Domingo Colarte, existen, ò se deben reputar por existentes, *habemus intentum.* Pues ni se duda, que estas Partes, demàs de su privilegio, son anteriores al Don Joseph Domingo, ni que à este se le pagò primero, que estas Partes fuessen pagadas.

23. Que dichos 3U60. pesos se deban tener por existentes, se prueba; pues aunque el dinero lo consuma el Acreedor posterior pagado primero, que el anterior, y aunque baste para que se entienda consumido solo el mezclarlo con otro, vt ait Costa *de Remedijs Subsid. remed.* 37. *illat.* 2. *num.* 1. sin embargo ay muchos casos, en que consumido, para los efectos de derecho, y para que no se perjudique al Acreedor anterior, à quien se debiera aver pagado primero, se retiene, y reputa por existente, que refieren los Autores, y de los que juntò el señor Salgado *in Labyr.* 1. *part. cap.* 10. *à num.* 61. casi todos se pudieran adaptar à los terminos de este pleyto; pero por ser terminantes el segundo, sexto, y septimo, solo estos tres traerèmos.

24. Es el segundo caso el que refiere al num. 62. diziendo tomarse por existente el dinero, de que fue pagado el Acreedor posterior, quando este sabiendo que avia Acreedores anteriores, y de mejor derecho que èl, sin embargo procurò cobrar el dinero, que se le debia: pues por el mismo caso procede con mala fee, assi en la percepcion, como en la consumpcion de

el

el dinero : motivo porque aunque lo aya consumido, tiene lugar la revocacion, y repeticion de èl por el Acreedor anterior; y las palabras son, ibi: *Secundo fingitur extare pecunia, quando in creditore adest mala fides in receptione, & consumptione; puta quando creditor sciebat, alios adesse creditores priores, & potiores se, & nihilominus procuravit exigere pecuniam à debitore, dicitur in mala fide, & etiam si consumpsisset habet locum repetitio, & avocatio.*

25. Con esta mala fee se versò Don Joseph Domingo en la cobrança de dichos 3ꝟ60. pesos; pues como consta de los autos, supo muy bien, y le constò, assi el que estas Partes eran Acreedores à los bienes de Don Manuel Bernardo, como que lo eran anteriores, y de mejor derecho que èl, y que el sequestro, y embargo se executò à su pedimento; à que se llega, el que por estas Partes se le contradixo el pago, que pretendia; lo que fuera bastante, para que se dixera aver recebido, y consumido con mala fee el dinero, vt ait Fontanela *de Pact. Nupt. tom. 2. Claus. 5. Gloss. 8. part. 7. num. 26.* ibi: *Item non dicetur recipere cum bona fide creditor pecuniam, nec consumere, quando ei fuisset ab alio anteriore creditore denunciatum, ne eam reciperet in sui præiudicium, & si nihilominus recipere vellet, esset locus repetitioni, & avocationi.*

26. El sexto, que refiere al num. 68. de opinion de el señor Castillo, y otros muchos, es: quando al tiempo de la paga el Acreedor, que recibe, promete restituir el dinero, en caso de salir Acreedor de mejor derecho; pues saliendo este, se tiene, y reputa por existente el dinero. El septimo es, el que refiere num. 73. diziendo se reputa existente; y aun con mayor razon, quando diò fiança el tal Acreedor, que recibiò el dinero. Idem Dom. Salgad. *Labyr. 2. part. cap. 6. num. 6.* ibi: *Qui omnes communiter tenent, quod per hanc solutionem sub cautione, obligatione, aut fideiussione de restituendo potiori creditori, fingitur pecuniam extare, & non esse consumptam; ita vt semper prior creditor eam possit avocare à creditore, qui eam recepit ex bonis debitoris communis.*

47. Y no solo es opinion del señor Salgado, y de los muchissimos que refiere, sino es que demàs de no referir Autor, que defienda opinion contraria, es fundada en muchos Textos, que cita *num. 3. dicti cap. 6.* entre los quales *est lex 52. §. 1. ff. de Peculio*, ibi: *Si dos filio familias sit data, vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio, dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri, quod acceperunt, si inferatur posteà cum Patre actio Privilegij.*

28. Y si para que el dinero pagado al Acreedor posterior se tenga, y reputa por existente, *& in bonis debitoris communis*, basta, ò que el tal Acreedor posterior al tiempo que lo re-

cibe prometa restituirlo, en caso de salir Acreedor de mejor derecho, ò que dè fiança de hazerlo assi; con quanta mas razon deberàn tenerse por existentes, y por caudal de Don Manuel Bernardo los 3U60. pesos de que se entregò Don Joseph Domingo Colarte, prometiendo restituirlos en caso de salir Acreedor de mejor derecho, y dando tambien fiança de ello; *vt duo vincula fortius ligent. ex leg. Discretis, C. qui test. fac. poss. & ex leg. pen. §. Si verò, C. de adoption.*

29. Afiançase mas la certeza de lo que và fundado, de que el Don Joseph Domingo en sus proprios pedimentos piez. 1. fol. 300. buelta, en que pretendiò el pago de su credito, no solo ofreciò fiança de Acreedor de mejor derecho; sino es que teniendo presente la disposicion de derecho, de que quando, contra el orden, que se debe guardar, se paga primero al Acreedor posterior, de esto no se siga perjuizio al Acreedor anterior; alegò para fundamento de su pretension, no avia inconveniente en que se le entregassen los 3U60. pesos, diziēdo quedaban sugetos à restitucion en favor de los Acreedores de mejor derecho; y en conformidad de esto, el auto de el Alcalde Mayor fue mandar se le entregasse dicha cantidad dando fiança de Acreedor de mejor derecho, que con efecto diò, haziendose en ella especial mencion de estas Partes, y de su credito.

30. Y siendo, como es cierto, que los pactos, y condiciones, que se ponen en los actos, y contractos al tiempo de celebrarlos son ley de ellos. *Ex leg. 5. ff. commod. & ex leg. 23. ff. de Reg. Iur.* ibi: *Nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit.* Aviendo prometido Don Joseph Colarte restituir los 3U60. pesos cada que saliesse Acreedor de mejor derecho, aviendosele en este modo mandado hazer, y hecho el pago, por razon de dicho pacto, como no se pueda dudar estar obligado à cumplirlo, *ex leg. 1. ff. de pact.* ibi: *Quid enim tan congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* No se puede dudar tampoco, que aviendose cumplido la condicion, por el mismo hecho de aver salido estas partes, es obligado el Don Joseph Domingo à la restitucion de dicha cantidad.

31. De lo hasta aqui fundado parecia no quedar duda, de que los tres mil y sesenta pesos pagados à Don Joseph Colarte, se deben tener por existentes, y en los bienes de D. Manuel deudor comun; pero todavia lo hemos de hazer mas patente.

32. Quando se haze el pago al Acreedor posterior baxo de fiança, usando el Acreedor anterior de la revocatoria, en virtud de ella no solo consigue la revocacion, y restitucion de la pecunia, ò cosa principal, que se diò en pago, sino es tambien de

de los frutos percebidos, y consumidos en el tiempo intermedio. Fontan. *dict. Claus. 5. Gloss. 8. part. 7. num. 35. in fin.* D. Franciscus Hyeronimus de Leon, *decis. 50. num. 10. y 11.* & eos referens D. Salgad. *dict. part. 2. cap. 6. num.* 14. Luego en el Acreedor posterior, pagado baxo de fiança, no se transfiere el dominio de la pecunia, ò cosa, que se le diò en pago.

33. Pruebase esta consequencia de ser, como es cierto, que à aquel de quien es la cosa principal, pertenecen tambien los frutos, y accessiones, que de ella, vel illius ocasione proveniunt, *ex Text. in leg. 2. in leg. 6. ff. de adquir. rer. domin. in leg. Vsuræ 34. ff. de vsur.* Atqui el Acreedor posterior baxo, y en virtud de la fiança pagado, no pertenecen los frutos de la cosa principal; que se le diò en pago; *quippè qui vt res ipsa principalis, veniunt in revocatoria, vt probatum manet*: Luego del Acreedor posterior no es la cosa, que se le diò en pago baxo de fiança, ni en èl se transfiriò el dominio de ella: Luego en el Don Joseph Colarte no se transfiriò el dominio de los tres mil y sesenta pesos, que baxo de fiança se le pagaron: Luego el dominio de ellos quedò en Don Manuel Bernardo, deudor comun.

34. Sea otro medio: el pago hecho al Acreedor posterior, eo ipso que se haga baxo de fiança, es condicional. Ex pluribus Dom. Salgad. *dict. part. 2. cap. 6. num. 5.* ibi: *Cum liberè, & absolutè non fiat, sed conditionaliter. Idem num. 13. & passim per tot. cap.* Noguer. *alleg. 7. num. 6.* Sed certum est, que los actos, y contractos condicionales pendente conditione sunt in suspenso, & eius adventu se entienden puramente celebrados, y por el contrario deffectu conditionis, se tienen, y reputan por no celebrados, *ex leg. 11. §. 1. ff. qui pot. in pig. ex leg. 213. de verb. sign. cum vulgatis*; y en las condiciones resolutivas, adventu conditionis se entiende no celebrado el acto, como sucede en el pacto de la addiccion in diem, *vt est Text. in leg. 2.* vers. *Sin autem, ff. de in diem addict.* ibi: *Sin autem hoc actum est, nisi melior conditio offeratur, erit emptio conditionalis*, y conclusion cierta entre todos los DD. Luego el pago que se hizo à Don Joseph Domingo, se debe tener por no hecho, por el mismo caso de aver salido estas Partes, à quien en lo contrario se les perjudicàra, pues dicho pago se hizo sub conditione resolutiva.

35. Que la condicion, con que al Don Joseph Colarte se hizo el pago fuesse resolutiva, demàs de ser expressa doctrina de D. Joseph de Sesse, *decis. 206. quasi per tot. & præcip. à n. 35.* patet ex D. Salg. *dict. cap. 6. n. 13.* pues expressãdola, dize ser esta si, *& quatenus præiuditiũ est actu illo alicui non inferatur*: Atqui baxo de esta condicion se le hizo el pago al D. Joseph Colarte: Luego fue hecho baxo de condiciõ resolutiva: Ergò adventus eius, que es el

per-

perjuizio, que se les siguiera à estas partes, hizo que el pago al D. Joseph Domingo se entienda no hecho; y por consiguiente, que nunca tuvo el dominio de los tres mil y sesenta pesos, y que este quedò, y estuvo siempre en D. Manuel Bernardo.

36. Supuesta la anterioridad, y mejor derecho de estas Partes, y probado, que el dinero, que se pagò à Don Joseph Domingo, se debe tener por existente; en cuyo caso no se duda que tiene lugar la revocatoria por el Acreedor anterior, vt ait Dom. Olea, *tit. 6. quæst. 8. num.* 38. ibi: *Cuius dubij resolutio ab alio pendet, an creditori hypothecario liceat avocare pecuniam bone fide comcumptam, (nam de extanti nemo dubitat) quam exegerat alter hypothesarius creditor posterior.* Parace claro, que esta revocacion tenga lugar, huviera tenido, ò no al tiempo del pago bienes bastantes para pagar à todos, el deudor comun. Pues los Autores que vàn referidos no hazē tal distincion, sino es absolutamente proceden.

37. Y aun el Señor Salgad. *dict. part. 2. cap. 6. num. 4.* lo dà à entender assi claramente; pues hablando de quando el pago se hizo al Acreedor posterior, ò baxo de fiança, con simple obligacion de restituir, ò con la clausula *sine præiuditio Iuris teriij*, ò otra de las conservatorias, dize de comun opinion, que el Acreedor posterior, por aver sido pagado en virtud de la fiança, ò otra qualquiera de dichas Clausulas conservatorias, no està seguro de los Acreedores anteriores; como lo estuviera, si sin alguna de dichas Clausulas se le huviesse hecho el pago.

38. His verbis: *Ex quorum Iurium dispositione communiter deducunt DD. quod solutio Iudicis decreto, quo alias creditor tutus, & securus esse poterat amolestis, & avocatione aliorum quorumcumque creditorum, etiam potentioris, atque potioris iuris, si tamen sub prædicta qualitate, & conditione insita in decreto fiat, non est solutio perpetua, nec stabilis, nec ex ea tutus est creditor, quo minus cuiuslibet creditoris postmodum comparentis iuri potiori sit affecta, & eius variationi, & avocationi subijciatur, ita vt creditor, qui hac conditione, obligatione, cautione, aut fideiussione, seù iuris alterius reservatione, solutionem accepit, consideretur ac si ei solutio facta non fuisset; cum libere, & absolutè non fiat, sed conditionaliter.*

39. Modo sic el señor Salgado dicto loco dize, que el Acreedor posterior en todos los casos en que pudiera estar seguro de los Acreedores anteriores, y de la revocacion del pago à si hecho, en ninguno de ellos lo està, y en todos queda expuesto à la revocatoria, si el pago le fue hecho baxo de la fiança, ò otra Clausula conservatoria; atqui vno de los casos en que el Acreedor posterior pagado, estuviera seguro de los Acreedores anteriores, y no expuesto à la revocacion del pago à si hecho, es quando al tiempo del pago avia bienes bastantes del deudor comun para

pa-

pagar à todos: Luego aunque ſea en eſte caſo, dada la fiança, ò pueſta otra Clauſula conſervatoria, no eſtà ſeguro el Acreedor poſterior, y queda en èl expueſto à la revocatoria. Ex ſententia Dom. Salgado.

40. Mas: aſsi el ſeñor Salgado, como el ſeñor Caſtillo, & cæteri Doctores de hac materia agentes à ſolo la fiança, caucion, ò ſimple obligacion de reſtituir, atribuyen la virtud de hazer revocable el pago hecho al Acreedor poſterior, en caſo de ſalir Acreedor de mejor derecho; ſed ſi ſolo la caucion, fiança, ò ſimple obligacion ex ſententia prædictorum DD. tiene virtud para hazer ſe revoque el pago hecho al Acreedor poſterior, ſaliendo Acreedor de mejor derecho; ex eorum ſententia no es conſiderable, que tuvieſſe, ò no baſtantes bienes al tiempo de el pago, el deudor comun: Luego de ſentencia del ſeñor Salgado, y los demàs, no es revocable el pago, porque huvieſſe bienes baſtantes del deudo comun, quando à el Acreedor poſterior ſe le pagò, ſi el pago ſe hizo baxo de fiança, caucion, ò ſimple obligacion de reſtituir ſaliendo Acreedor de mejor derecho: Luego aviendo ſido el pago, que à Don Joſeph Colarte ſe hizo baxo de fiança, aun quando huviera tenido Don Manuel Bernardo bienes baſtantes para pagar todos ſus Acreedores, tuviera, y tiene lugar la revocacion de èl, que eſtas Partes pretenden, como Acreedores que ſon de mejor derecho.

PARTE III.

41. CONociendo Don Joſeph Domingo lo juſtificado de la pretenſion de eſtas Partes, para ofuſcar ſu juſtica, ò à lo menos gozar del beneficio de la dilacion, y retener mientras el dinero en ſu poder, ſe ha valido de oponer diferentes excepciones, que procuraremos elidir, reſpondiendo à ſus fundamentos para que quede mas clara la juſticia de eſtas Partes.

42. Vna de las excepciones por el Don Joſeph opueſtas ha ſido dezir, que la accion revocatoria por eſtas Partes intentada, no puede tener lugar en eſte caſo, porque quando ſe le hizo el pago, no avia concurſo de Acreedores à los bienes del Don Manuel: requiſito que ſupone preciſſo para que pueda tener lugar la revocatoria, y que por conſiguiente eſtas Partes litigan ſin accion; excepcion fuerte, ſi eſtrivàra en fundamento de Derecho, pero ni aun de hecho lo tiene.

43. Es notorio de los autos, que aviendoſe embargado los bienes de Don Manuel Bernardo, y depoſitadoſe en Don Joſeph de Mirabel, à que diò motivo la auſencia, que Don

 Ma-

Manuel Bernardo avia hecho; y aviendo salido antes presentando sus creditos Don Juan Carlos de Labristat, Don Joseph de Apaolasa, estas Partes, y otras, pretendiendo cada vno el pago de su credito, dandose por entendido de todo lo referido, saliò Don Joseph Colarte presentando su escriptura, y pretendiendo se le hiziesse pago, prefiriendole à otro qualquiera Acreedor de inferior derecho: esto consta de su proprio pedimento, Pieza 1. fol. 299. lo qual, què otra cosa es que concurso? Segun las reglas, que para ello tenemos, y distincion, que entre el concurso, y pleyto de Acreedores enseña el señor Salgado *in Labyr. 1. part. cap. 4. §. 1. num. 30. & sequentibus*? Y assi claudica esta excepcion en el hecho.

44. Lo mismo le sucede en el derecho: pues para que tenga lugar la revocatoria, ninguno de los Autores quos vidimus, que de ella tratan, previene tal requisito; por bastar, como basta, el que al Acreedor posterior se aya pagado primero, por la regla general de la ley *Creditor 12. ff. qui pot. in pig.* de no poder el Acreedor posterior perjudicar con acto alguno al anterior, quam affert Dom. Salgad. *in Labyr. 1. part. cap. 10. num. 56. & ex leg. Pecunia 5. C. de Privileg. Fisci, & ex leg. 22. §. Sin vero hæredes 6. C. de Iure deliber.* y lo mas que se pone en controversia, y en que ay variedad de opiniones es, en si consumido con buena fee el dinero, que se diò en pago à el Acreedor posterior, podrà tener lugar la revocatoria; y aun esto no se duda absolutamente, sino es solo si qualquiera Acreedor anterior hypothecario podrà revocar el pago hecho al Acreedor posterior, ò serà menester, que demàs de ser anterior sea privilegiado? Cuya question refiriendo las opiniones, y fundamentos de vna, y otra disputò el señor Salg. *dict. cap. 10. à num. 77.*

45. Y en qualquiera de las dos opiniones fundan estas Partes su intencion: pues si estamos à la que dize, que qualquiera Acreedor anterior hypotecario, puede revocar el pago hecho al posterior, la tenemos por estas Partes: y aunque estèmos à la opinion, que concede solo la revocacion al anterior privilegiado, estas Partes lo son, pues la hypoteca al credito dotal, no se duda es privilegiada, y es cierto, que este privilegio, aunque no se extiende a qualquiera heredero, se extiende à los hijos, *ex eleganti Texta in Auth. vt exactione instante, coll. 7.* ibi: *Nec enim alijs dedimus dudùm, & damus hoc privilegium aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filijs. Et ex leg. 33. tit. 13. part. 5.* Rodriguez *de Concurs. part. 1. artic. 1. num. 17.* Flores de Mena, *Practic. lib. 1. quæst. 6. §. 3. num. 10.*

46. Y conociendo lo ineficàz de esta excepcion el Abogado de Don Joseph Domingo, recurriò à oponer otra, que

es

es dezir: avia bastante caudal para hazer pago à todos los Acreedores, y que assi no se debe revocar el pago hecho al Don Joseph Colarte, pues segun la liquidacion, que se hizo del caudal del deudor comun, no solo avia para pagar à todos los Acreedores, sino es que le sobraba mucho despues de pagados.

47. A esta excepcion dexamos respondido, y satisfecho en la primera Parte de este Informe, y demàs de lo en ella dicho, se añade, que aunque generalmente hablando sea cierto, que quando el deudor tiene para pagar à todos los Acreedores, y los pagos hechos con buena fee à los Acreedores posteriores, fueron puros, y sin condicion alguna, no se deban revocar, sin embargo no puede verificarse esto en nuestro caso, por aver sido, como fue condicional, y baxo de fiança el pago hecho à Don Joseph Colarte, pues en este no està seguro el Acreedor posterior, como dexamos fundado en la segunda Parte num.

48. Y demàs de las autoridades de los DD. y textos que referimos para prueba de ello, es tambien muy apreciable la consideracion siguiente: Quando el dinero, que se dà en pago no se haze del que lo recibe con dominio irrevocable, y de suerte, que por ningun acontecimiento se pueda repetir, no produce el efecto de librar al deudor, ni verdaderamente hablando se puede llamar solucion, *ex Textu in leg. In perpetuum 61. ff. de solut. ex leg. Si rem meam 20. ex leg. 72. §. Qui hominem, ff. eodem,* ni el dinero se enagena, *ex leg. 55. ff. eod. tit.* ibi: *Quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, vt recipiantur*: Aviendo sido el pago, que se le hizo à Don Joseph Domingo baxo de la fiança, y por esta razon condicional, quedò expuesto à revocarse, saliendo Acreedor de mejor derecho, vt probavimus: Luego los tres mil y sesenta pesos, que se entregaron al Don Joseph Domingo, no se hizieron dèl, ni se enagenaron, ni èl fue pagado con ellos, ni el Don Manuel Bernardo quedò libre de la obligacion.

49. Aora bien, los tres mil y sesenta pesos no se enagenaron; quedaron en los bienes del deudor comun; el Acreedor anterior hypotecario, tiene facultad para elegir de los bienes del deudor, los que quisiere para el pago de su credito, *vt ex leg. Creditoris arbitrio 8. ff. qui potior.* Tenent communiter DD. & in terminis Noguerol, *alleg. 7. num.* 48. ibi: *Quia omnia sunt debitoris communis, & certè dubitari non potest electionem, & arbitrium habere, vt possit eligere partitam, quæ ipsi placuerit, & creditor posterior opponere ei non potest quod exigat ex alijs effectibus*: Luego estas Partes Acreedores anteriores, hypotecarios privilegiados, tienen facultad para elegir los tres mil y sesenta pesos, que se entregaron à Don Joseph Domingo; y como que en ello vsan de su derecho, no puede oponerles que ay otros bienes del deudor comun, de

don-

donde cobren: Luego aunque se pudieran tener por existentes, assi los treinta mil y mas pesos del importe de las mercaderias embarcadas para Indias, como los demàs creditos inciertos, y fallidos, que se incluyeron en la liquidacion, no podia impedir la eleccion de estas Partes à el pago de su credito en los tres mil y sesenta pesos, ni esto embarazarlo Don Joseph Domingo Colarte.

50. Otra excepcion de las opuestas por Don Joseph Colarte ha sido dezir, debe socorrerle el derecho, como lo haze con los que son vigilantes en cobrar de sus deudores, y que aviendolo èl sido en la cobrança de su credito, debe socorrerle su disposicion, y no se le debe revocar el pago, *ex leg. 6. §. 7. & ex leg. 24. in fine, ff. quæ in fraud.* Con cuya vigilancia, aunque Acreedor posterior, hizo mejor su condicion, *vt ait text. in dict. leg. 24.* ibi: *Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci.*

51. Esta excepcion es tambien despreciable, por diversas razones: La primera, porque aviendo sabido, como supo D. Joseph Colarte, q̃ estas Partes eran Acreedores anteriores, y de mejor derecho, no debiera aver sido tan demasiadamẽte diligente, y cuydadoso, solicitando se le pagasse primero, que à estas Partes, facilitandolo con ofrecerse à dar fiança de Acreedor de mejor derecho; y aun el cuydado, y diligencia con que dicho Don Joseph se portò, mas bien se puede llamar ambiciosa solicitud, como la llamò el *text. in leg. 33. ff. de vsuris*, y demasiada diligencia la *ley 6. ff. de bon. damnat.* la qual reprueba el Derecho, Bobadilla *in Polytica lib. 3. cap. 4. num. 54.* que no cuydado, y diligencia, que merezca el favor de Derecho, y sin embargo sale vtilizado, pues los frutos, y interesses de los 3U060. pesos en todo el tiempo, que ha los recibiò, avràn importado aun mucho mas, que el principal, mayormente en vn hombre de comercio, como lo es el Don Joseph Domingo.

52. Y la segunda: Porque se funda en el principio, y regla general, de cuyas limitaciones es vna la de nuestro caso; pues quando el pago se hizo al Acreedor posterior, baxo de fiança de Acreedor de mejor derecho, no se puede dezir, que porque acudiesse primero, que el Acreedor anterior, velando hizo su condicion mejor, *vt ex leg. 5. in fin. & ex leg. 6. ff. de tributoria act.* Tenet Estracha, & cum referens Fontan. *de Pact. Nupt. Clausf. 5. Gloss. 8. part. 7. num. 35.* ibi: *Cautionem in hoc casu præstitam à creditore facere, vt meliorem vigilando suam conditionem non fecisse dicatur.*

53. Demàs, que no puede dezirse, huvo negligencia, ò descuydo en estas Partes; pues por sus personas, como menores, no podian parecer en juizio; y por el Padre general de

Menores se acudiò à pedir, aun antes que por Don Joseph Colarte, lo que podian, que fue el que se asseguraran los bienes de Don Manuel Bernardo su padre, para que por este medio tuviesse seguridad el credito, que contra ellos tenian por la dote de su madre, y asi no se puede dezir, respecto de estas Partes, aver velado el Don Joseph Colarte, y quando mas podrà dezirse fue igual con ellos en la diligencia, en cuyo caso, aunque cobre primero el Acreedor posterior, se revoca el pago por los Acreedores anteriores, aun estando consumido el dinero, vt ex pluribus tenet D. Salgad. *in Labyr. 1.part. cap. 10. num. 65.*

54. Que por estas partes no se pudiesse pedir mas, que lo que se pidiò, patet, pues perteneciendo, como pertenece al padre, asi la administracion, como los frutos de los bienes maternos, como lo es la dote credito de estas Partes, y no debiendose privar al padre de dicha administracion, sino es con grave, y vrgente causa, vt ex Escobar *de Ratiocinijs, cap. 6. à num. 3.* Gomez, Pinelo, & alis tenet Paschal. *de Virib. patriæ potest. part. 1. cap. 2. à num. 92.* esta no se juzgò por V.S. la huviera; pues de pedimento del Don Manuel Bernardo se mandaron alçar los embargos, y bolver à entregar los bienes; con cuya providencia se embarazò à estas Partes el pedir el pago de su credito: Luego no tuvieron negligencia, que se les pueda imputar: Luego no puede respecto de ellos dezirse, aver velado el Don Joseph Domingo Colarte.

55. Vltimamente se opuso por Don Joseph Colarte la excepcion de dezir, estaban estas Partes pagados de su credito, suponiendoles para ello pagos, que no han recebido. Esta excepcion es vn mero commento: y ya constò à V.S. al tiempo que se viò este pleyto, que ni aun con los tres mil y sesenta pesos ay para acabarles de pagar à estas Partes, por ser como es cantidad mayor la que se les resta.

56. Ex quibus omnibus, y porque no sea invtil el ofrecimiento, que hizo Don Joseph Colarte, ni illusorio el auto de la Justicia, que dando fiança (como èl ofreciò en sus pedimentos) de Acreedor de mejor derecho, mandò se les hiziesse el pago, y para que la fiança, que con efecto diò, surta el efecto que debe, segun lo dispuesto por Derecho, esperan estas Partes se confirme la Sentencia del Alcalde Mayor de Cadiz, y su Acompañado. S.I.O.T.S.D.C.

Doct. D. Felipe Luis de la Torre. *Lic. D. Ioseph Calvo.* *Lic. D. Bernabè Gomez Mansilla.*

Memorias [illegible] pido [illegible]
[illegible] que [illegible]
[illegible]
le [illegible]
[illegible] Don Joseph [illegible]
igual con ellos en la diligencia [illegible]
[illegible] Acreedor [illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] Que por [illegible]
que lo que le pido [illegible] al padre, assi la sentencia [illegible] como [illegible] de [illegible] padre de [illegible] plata, y [illegible] Pineda [illegible] por V.S. [illegible] del Don [illegible] de [illegible] a estas [illegible] de [illegible] que [illegible]

[illegible] Y [illegible]
re [illegible] pido [illegible] que [illegible] Don [illegible] que [illegible] que [illegible]

[illegible]
[illegible] que [illegible]

[illegible] S. S. O. [illegible]

Doct. D. Felipe Luis [illegible] Lic. D. Joseph Cerna. [illegible]

de la Torre.